



Roj: **STSJ M 24/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:24**

Id Cendoj: **28079340022015100002**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **08/01/2015**

Nº de Recurso: **263/2014**

Nº de Resolución: **2/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34001360

**NIG** : 28.079.00.4-2012/0009639

**Procedimiento Recurso de Suplicación 263/2014-S**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 01 de Madrid Seguridad social 1006/2012

**Materia** : Materias Seguridad Social

**Sentencia número: 2/2015**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a ocho de enero de dos mil quince habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación 263/2014, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. CARLOS PLA BARNIOL en nombre y representación de D./Dña. Ascension y D./Dña. Juan Manuel , contra la sentencia de fecha 26 DE NOVIEMBRE DE 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 01 de Madrid en sus autos número Seguridad social 1006/2012, seguidos a instancia de D./Dña. Juan Manuel y D./Dña. Ascension frente a TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y DIRECCION PROVINCIAL DE MADRID DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MC MUTUAL MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD Nº



1 y D<sup>a</sup>. Celestina en reclamación por Seguridad Social, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

Primero.- Dña. Tamara , nacida el día NUM000 -1982, de nacionalidad rumana y con NIE NUM001 , ha figurado afiliada a la Seguridad Social con el número NUM002 . Ha venido prestando servicios por cuenta de Dña. Celestina , mayor de edad y con DNI NUM003 , como empleada del hogar desde el día 1-3-2012, con una jornada laboral de diez horas semanales, a prestar los martes y jueves y un salario mensual de 320,00 euros mensuales, incluido prorrateo de pagas extras. La hora de inicio de su jornada de trabajo eran las 10 de la mañana y su centro de trabajo se ubicaba en la calle Doce de Octubre número 24 de Madrid. Dña. Tamara hacía el trayecto entre su domicilio y su trabajo en metro.

Dña. Tamara , se encontraba de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como empleada del hogar de la Sra. Celestina , la cual se encuentra al corriente en el pago de las cotizaciones. La cobertura de los accidentes de trabajo estaba concertada con MC Mutual.

Dña. Tamara , a fecha 22-3-2012 estaba casada con D. Juan Manuel y tenían una hija, nacida el día NUM004 -2007, llamada Ascension . La familia residía en la CALLE000 número NUM005 de Madrid.

Dña. Tamara , antes de ir a su trabajo, llevaba a su hija al colegio, sito en la calle Antonio Moreno número 25 de Madrid. La hora de entrada al colegio de la menor eran las 9 de la mañana. No consta que el colegio de la menor se encontrara en un punto intermedio del trayecto entre el domicilio de Dña. Tamara y su lugar de trabajo.

La base de cotización de Dña. Tamara por accidente de trabajo en el mes de febrero de

Segundo.- El día 22-3-2012, antes de ir a su trabajo, Dña. Tamara se dirigió con su hija al colegio de ésta. Sobre las 8:55 horas, cuando ambas pasaban por la confluencia de las CALLE000 con Avenida de Oporto, fueron atropelladas por un autobús. Consecuencia de ello, Dña. Tamara falleció, resultando la menor herida.

Tercero.- Solicitado el reconocimiento de pensión de viudedad y orfandad, el día 31-7-2012 la Dirección Provincial del INSS dictó resolución reconociendo a D. Juan Manuel pensión de viudedad, en cuantía correspondiente al 52% de la base reguladora mensual que quedó fijada en 299,70 euros, a abonar en 14 pagas anuales y con efectos de 23-3-2012. La pensión fue reconocida por accidente no laboral.

El día 31-7-2012 la Dirección Provincial del INSS dictó resolución reconociendo a la menor Ascension , pensión de orfandad en cuantía correspondiente al 20% de la base reguladora mensual que quedó fijada en 299,70 euros, a abonar en 14 pagas anuales y con efectos de 23-3-2012. La pensión fue reconocida por accidente no laboral.

Cuarto.- Contra las indicadas resoluciones se presentó escrito de reclamación impugnando la contingencia de las pensiones reconocidas, la cual fue desestimada.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO la demanda que en materia de DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA ha sido interpuesta por D. Juan Manuel y la menor Ascension , contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; MC MUTUAL y DÑA. Celestina , debo absolver y absuelvo a éstos de los pedimentos ejercitados en su contra."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Ascension y D./Dña. Juan Manuel , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por MUTUAL MIDAT CYCLOPS.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.



**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 10/12/14 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Disconforme la parte actora con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación con la doble finalidad de revisar la declaración fáctica y examinar el derecho aplicado en dicha resolución.

Al recurso se opone la Mutua demandada en su escrito de impugnación por las razones alegadas al efecto.

Así, en el primer motivo la actora solicita, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, la revisión de los hechos declarados probados, en los términos que propone.

Ahora bien, a la vista de las alegaciones realizadas, se ha de significar que, según tiene declarado la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencias de 28 de septiembre de 2004, recurso de suplicación 878/2004 y de 26 de junio de 2007, recurso de suplicación 1225/05 y esta misma Sala del T.S.J. de Madrid en la de 13-5-2009 (Rec. 1472/09), entre otras, con doctrina enteramente aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS, se vienen considerando como requisitos a tener en cuenta para la procedencia de la revisión fáctica:

- 1.-Imposibilidad de aducir cuestiones fácticas nuevas no discutidas en el procedimiento.
- 2.-Precisión y claridad en la concreción del hecho o hechos a revisar.
- 3.-Determinación explícita y concreta de las pruebas documentales o periciales que sirvan de sustento a su pretensión, no siendo viables las interpretaciones distintas de las mismas pruebas ya valoradas por el Juez "a quo".
- 4.-No pueden servir para la revisión la referencia genérica a las pruebas practicadas, ni la alegación de inexistencia de prueba de hechos declarados como acreditados, ni la mención de determinados medios probatorios desvirtuados o contradichos por otros también incorporados a las actuaciones.
- 5.-El error del Juzgador debe inferirse directamente de las específicas pruebas documentales o periciales aducidas, y no de hipótesis, conjeturas o razonamientos efectuados a partir de las mismas.
- 6.-Debe ofrecerse el correspondiente texto alternativo que se pretende vaya a sustituir al llamado a ser suprimido.
- 7.-Por último, es necesario que la revisión propuesta, ya sea a través de la modificación, supresión o adición instada, resulte trascendente o relevante en orden al enjuiciamiento y resolución del tema litigioso objeto de debate.

Pues bien, en el supuesto ahora enjuiciado la parte actora solicita en este motivo que se modifique el Hecho Probado Primero en los términos que propone, a fin de hacer constar que el Colegio de la hija de Dña. Tamara se encontraba en un punto intermedio del trayecto entre su domicilio y su lugar de trabajo. Sin embargo, es lo cierto que la revisión pedida resulta por completo intrascendente al recurso, al ser lo realmente relevante, como se verá, no que el colegio de la niña se hallara en un punto intermedio del trayecto entre el domicilio de la trabajadora fallecida y su lugar de trabajo, sino que hubiera un desvío significativo que resultase desproporcionado o injustificado en la ruta hacia el trabajo, lo que no consta acreditado en autos.

Por lo que, con arreglo a lo indicado, ha de decaer necesariamente este primer motivo del recurso de la actora.

**SEGUNDO .-** Al examen del derecho aplicado dedica la recurrente los siguientes motivos de su recurso, en que, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, denuncia la infracción del artículo 115.2, a) de la Ley General de la Seguridad Social y de la jurisprudencia.

Así las cosas, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución de estos motivos del recurso deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción ejercitada por el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del art. 1214 del Código Civil, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980, de 21 de diciembre de 1981, de 15 de abril de 1982 y de 31 de octubre de 1983, entre otras muchas, y tal como se establece tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 217, pfo. 2º, siendo preciso en todo caso para la existencia de la acción que haya una norma que anude al supuesto de hecho el efecto jurídico pedido, según cabe deducir de la propia disposición mencionada, e incumbiendo al



demandado por su parte la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción ( art. 217.3 LEC ).

2ª) Definiendo el artículo 115.1 de la vigente Ley General de la Seguridad Social (como anteriormente el art. 84.1 de la LGSS ) el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, del análisis de dicho precepto resulta claramente que en el mismo se configura el accidente de trabajo a través de tres elementos, a saber: la lesión, el trabajo que reúna tales características y la relación entre éste y aquélla, al ser preciso que la lesión haya sido sufrida por el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute; si bien a continuación, además de establecer una presunción de laboralidad para las lesiones sufridas por él durante el tiempo y en el lugar de trabajo ( art. 115.3 de la LGSS ), se contemplan una serie de supuestos que tienen también la consideración de accidentes laborales ( art. 115.2 LGSS ), entre los que se encuentran "los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo", que constituye el supuesto del denominado "accidente in itinere" según una jurisprudencia constante, que ha puesto de relieve que no se exige que la ida al trabajo se realice desde el domicilio del trabajador o la vuelta del trabajo tenga tal destino, sino que el punto de llegada o salida sea el centro de trabajo u otro lugar al que hubiera de ir o del que tuviera que volver el trabajador por razón del trabajo (SS.T.S. de 5-11-1976, 16-10-1984 y 29-9-1997, entre otras), en el bien entendido que aunque la circunstancia de si iba o venía del trabajo debe ser probada, la duda razonable en cuanto al motivo del viaje ha de resolverse en favor del trabajador en virtud del principio "pro operario" ( sª T.S. de 25-5-1970 , entre otras).

3ª) En el supuesto ahora enjuiciado la sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta, por no haberse acreditado que el trayecto entre el domicilio y el colegio fuera parte del trayecto normal o adecuado para acceder al metro, considerando asimismo dicha resolución que no se había acreditado una conexión temporal entre la hora en que se produjo el accidente y la hora de entrada al trabajo.

Ante ello se alza la parte recurrente, que, tras denunciar las infracciones antecitadas, afirma que se ha de estimar la demanda por las razones que indica, insistiendo en que estamos ante un accidente "in itinere", que tiene la consideración de accidente de trabajo.

Pues bien, debiendo partirse necesariamente del relato fáctico de la sentencia, lo cierto es que se ha de concluir que el destino de Dña. Tamara era su centro de trabajo cuando sufrió el accidente, con lo que se trataría de un accidente laboral, debiendo tenerse en cuenta al respecto que la causante llevaba todos los días al colegio a su hija antes de ir a su trabajo y que el día 22-3-2012, en que sobre las 8:55 horas fue atropellada junto con su hija por un autobús antes de dejarla en el colegio, tenía que trabajar a las 10 horas (Hechos Probados Primero y Segundo), de modo que frente a esa conducta habitual de la trabajadora, que acudía a su trabajo por las mañanas en metro tras dejar a su hija en el colegio, no consta acreditado que en dicho día actuase de forma distinta, siendo así que, amén de no aparecer un desvío significativo o desproporcionado de la ruta hacia el centro de trabajo, se da una clara proximidad temporal, dada la hora de entrada al trabajo (las 10 horas) y la de entrada de la niña al colegio (las 9 horas).

Ello determina que, según lo expuesto, ha de considerarse necesariamente que nos encontramos ante un accidente de trabajo "in itinere", con lo que se habría de acoger la pretensión de la recurrente de que se declare que la contingencia era la de accidente laboral, al darse los presupuestos exigidos al efecto, conforme a la doctrina de referencia, al no constatarse aquí un desvío significativo en la ruta seguida y al haberse producido el accidente en tiempo razonablemente próximo a la entrada al trabajo.

Por todo lo cual procede, con previa estimación del recurso, la revocación de la resolución recurrida, declarando que la contingencia de las pensiones de orfandad y viudedad derivadas del fallecimiento de Dña. Tamara es la de accidente de trabajo, con los efectos consiguientes, siendo responsable la Mutua demandada, que cubría dicha contingencia. Sin costas.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Manuel y Dª Ascension , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1.de Madrid, de fecha 26 DE NOVIEMBRE DE 2013, en los autos número .1006/2012, seguidos en virtud de demanda presentada contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MC MUTUAL y Dª. Celestina , en reclamación de Seguridad Social, debemos revocar y revocamos dicha resolución, declarando que la contingencia de las pensiones de orfandad y viudedad derivadas del fallecimiento de Dña. Tamara es la de accidente de trabajo, con los efectos consiguientes, siendo responsable la Mutua demandada. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.



Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0263-14 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0263-14.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.